

CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E CONCURSO DE CRIMES

Rogério Carlos Demarchi*

De acordo com a Lei n. 9.099/95, com a nova redação dada ao seu artigo 61 pela Lei n. 11.313/06, “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Atualmente, há corrente jurisprudencial e doutrinária dominante no sentido de que, nas hipóteses de concurso de crimes, cuja soma ultrapasse dois anos, não se consideram eles de menor potencial ofensivo, mesmo que, isoladamente, não atinjam o limite de 2 (dois) anos.

Discordo de tal posicionamento, uma vez que a lei é taxativa em considerar de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos. Assim, por ocasião da prática do crime, já é ele de menor potencial ofensivo, independentemente das circunstâncias que o cercam, não podendo ser considerado de forma diversa quando praticado em concurso material ou formal ou em continuidade.

Abalizando este entendimento, colhe-se da lição de Fernando da Costa Tourinho Neto:

Havendo concurso de crimes, as penas devem ser somadas para verificar-se se ultrapassam o máximo previsto (dois anos) que define o crime de menor potencial ofensivo? A soma ou acréscimo das penas, decorrentes do concurso de crimes, material (soma das penas dos dois ou mais crimes — Código Penal, artigo 69); formal (aplicação da pena mais grave “das cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até

* Juiz Substituto em Chapecó/SC.

metade” — Código Penal, artigo 70); ou da continuidade (aplicação da “pena de um só dos crimes, se idênticos, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços” — Código Penal, artigo 71), não pode transformar um crime de menor potencial ofensivo em crime de gravidade maior. O crime não pode ser, ao mesmo tempo, de maior ou de menor potencial ofensivo, a depender do número de vezes que foi praticado ou se o foi em concurso com outro ou outros delitos. O agente é que pode, como esse modo de agir, demonstrar uma personalidade voltada para o crime, que, em si, não deixa de ser de menor potencial ofensivo, se a pena *in abstracto* não é superior a dois anos, ou é punido tão-somente com multa (*Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 481).

Não obstante as divergências, é de se concluir que, através da Lei n. 11.313/06, o legislador deixou clara sua opção, considerando irrelevante o concurso de crimes para definição do crime de menor potencial ofensivo, vindo ao encontro da tese acima aventada.

É que a nova Lei modificou também o artigo 60, incluindo o parágrafo único, ficando deste modo a redação:

Art. 60 O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Veja-se da redação do parágrafo único que, não obstante a conexão com o juízo comum e até mesmo com o tribunal do júri, havendo concurso de crime cuja pena ultrapasse dois anos com delito de pena máxima menor ou igual a 2 (dois) anos, continua este a ser considerado de menor potencial ofensivo, uma vez que são aplicáveis os institutos da transação e composição cível da Lei n. 9.099/95.

Desse modo, se em concurso com crime maior o crime menor não deixa de ter aplicadas as regras da transação penal, com muito mais razão o concurso entre dois crimes com penas máximas até 2 (dois) anos merece a aplicação dos institutos da Lei n. 9.099/95. Interpretar-se de forma diversa enseja a aplicação de sanção mais benéfica àquele que praticou crime mais grave, em detrimento do princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput*).

A mesma regra é de ser aplicada para a fixação da competência, ou seja, a soma das penas não deve ser considerada.

Anote-se, porém, que essa interpretação não se aplica ao *sursis* processual, que deve permanecer na forma da Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano”.

Outra alteração relevante trazida pela Lei n. 11.313/06 foi a restrição do crime de menor potencial ofensivo àquele com pena não superior a 2 (dois) anos, esteja ou não cumulada com multa. Antes da edição dessa Lei, havia entendimento no sentido de que era considerado de menor potencial ofensivo todo crime com pena de multa alternativa, mesmo que a pena privativa de liberdade ultrapassasse dois anos, pois a redação do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 10.259/01 permitia essa interpretação. Atualmente, porém, não há mais razão para se aplicar essa norma do Juizado Especial Federal, não só pela nova redação dada ao artigo 61 da Lei n. 9.099/95, como também pela modificação daquela pela Lei n. 11.313/06, através do seu artigo 2º.

Dessarte, para definição do crime de menor potencial ofensivo e para fixação da competência do Juizado Especial Criminal, não se consideram as somas de penas decorrentes do concurso delitivo, limitando-se o crime de menor potencial ofensivo àquele cuja pena cominada não supere dois anos, cumulada ou não com multa.